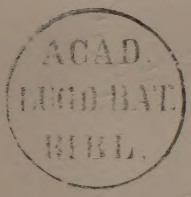
Die rechtliche Natur und Bedeutung der Konzessionen und Approbationen

insbesondere auf dem Gebiete des Gewerberechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau



vorgelegt von

Paul Warmbrunn
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Brie.
Korreferent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Gretener.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Begriff der Konzession und Approbation 1

I. Teil.

Die rechtliche Natur der Konzessionen.

§ 2. Die Konzessionstheorien 3
§ 3. Die Konzession als Voraussetzung zum Erwerbe subjektiver Rechte 17

II. Teil.

Die rechtliche Bedeutung der Konzessionen.

§ 4. Die Umgrenzung des Konzessionensystems 24
§ 5. Das publizistische Prinzip der Konzessionen 30

Literaturverzeichnis.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886.

Berger-Wilhelmi, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1907.

Beyendorff, Das System der Reichsgewerbeordnung. Berlin 1902.

Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen. Berlin 1897.

v. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. Leipzig 1906.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Freiburg i. B. 1888.

Bruns, Das Pandektenrecht. In Holtzendorffs Enzyklopädie. Leipzig und Berlin 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 5. Aufl. Berlin 1896.

Endemann, Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht. Leipzig 1887.

Eger, Handbuch des preußischen Eisenbahnrechts. Breslau 1886.

Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gluth, Genehmigung und subjektives Recht. Im Archiv für öffentliches Recht. Freiburg i. B. 1887.

Grotefend, Lehrbuch des preußischen Verwaltungsrechts. Berlin 1892.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.

Jhering, Geist des römischen Rechts. Leipzig 1871.

Kohler, Bürgerliches Recht. In Holtzendorffs Enzyklopädie. Leipzig und Berlin 1902.

Korb, Die rechtliche Natur und Bedeutung der Konzessionen und Approbationen insbesondere auf dem Gebiete des Gewerberechts. Diss. Borna-Leipzig 1909.

Kulisch, System des österreichischen Gewerberechts. Innsbruck 1905.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Tübingen und Leipzig 1901.

v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. München 1907.

Leuthold, Das deutsche Baupolizeirecht. In Hirths Annalen. 1879.

Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1896.

Merkel, Juristische Enzyklopädie. Berlin 1904.

Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1878.

Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1893.

Nelken, Das Gewerberecht in Preußen. Berlin 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1903.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1893.
Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession. München 1889.
Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. Freiburg i. B. 1886.
v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1840.
Schenkel, Die deutsche Gewerbeordnung nebst Vollzugsvorschriften. Karlsruhe 1892.
v. Schicker, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Stuttgart 1898.
Schultzenstein, Verwaltungsarchiv. Bd. 12. Berlin 1904.
Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts. Breslau 1887.
Seiler, Über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen. Zürich 1888.
Seydel, Bayerisches Staatsrecht. Bd. 5. Freiburg i. B. 1891.
Seydel, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung. In Hirths Annalen 1881.
v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart 1886.
v. Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Freiburg i. B. 1890.
Stoerk, Zur Methodik des öffentlichen Rechts. Wien 1885.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Einleitung.

§ 1.

Begriff der Konzession und Approbation.

Als Konzessionen pflegt man jene Verfügungen oder Beschlüsse der Verwaltungsbehörden zu bezeichnen, durch welche einer Person die Erlaubnis zur Vornahme gewisser Handlungen erteilt wird, die ohne diese Erlaubnis nicht vorgenommen werden dürfen. Ist die Erteilung einer solchen Erlaubnis an das Vorhandensein besonderer Befähigungen geknüpft, bei deren Nachweis die Erlaubnis erteilt werden muß, so nennt man diese Verfügungen bezw. Beschlüsse Approbationen; diese sind demnach eine Unterart der Konzessionen. Konzessionen und Approbationen enthalten somit konkrete Aufhebungen von Beschränkungen gesetzlich anerkannter Handlungsfreiheit. Ihr Anwendungsbereich wird in denjenigen Rechtsgebieten zu finden sein, in welchen wegen bestimmter Interessen der menschlichen Betätigung eine Schranke gezogen ist, hauptsächlich im Gebiete der inneren Verwaltung, insbesondere im Gewerberecht. Die erwähnten Beschränkungen sind sehr mannigfach, und mannigfach sind auch die Bezeichnungen für diejenigen Verwaltungsakte, welche die Aufhebung jener Beschränkungen zum Gegenstande haben.[1]) Es wird daher erforderlich sein, zuvörderst die zu erörternden Begriffe in ihrem Umfange festzustellen. In erster Linie werden

---

[1]) So bezeichnet Otto Mayer, D. VerwR. Bd. 1 § 21 Note 1, Bd. 2 § 49 Note 1 es als einen Mißbrauch, auch die Polizeierlaubnis als Konzession zu bezeichnen im Gegensatz zu einem „wohl abgegrenzten Rechtsinstitut ganz besonderer Art", wie z. B. die Eisenbahnkonzession es ist, eine an sich sehr wichtige Unterscheidung, die später noch zu behandeln sein wird.

jene Erlaubniserteilungen in Betracht kommen, welche mit den gewerbepolizeilichen nach Art und Wesen im Einklang stehen, so daß hier unter „Konzessionen“ bei der Untersuchung ihrer rechtlichen Natur der Inbegriff aller jener obrigkeitlichen Genehmigungen zu verstehen sein wird, welche ihren später zu untersuchenden gemeinsamen Merkmalen nach mit den gewerblichen Konzessionen auf eine Stufe zu stellen sind.

I. Teil.

Die rechtliche Natur der Konzessionen.

§ 2.

Die Konzessionstheorien.

Die rechtliche Natur der Konzessionen bildet einen weittragenden Streitpunkt in der Wissenschaft; zwei Hauptansichten stehen einander gegenüber, die objektivrechtliche und die subjektivrechtliche Theorie. Während die erstere die Konzession als die Aufhebung einer Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit bezeichnet, erblickt die andere in der Konzessionserteilung die Begründung subjektiver Rechte. Diese wesentlichen Abweichungen wurzeln hauptsächlich in den verschiedenen Auffassungen über die rechtliche Natur der Grund- und Freiheitsrechte.

Die objektivrechtliche Theorie wird von hervorragenden Publizisten wie Laband und Seydel verfochten. Sie geht von dem Grundsatze aus, daß die Handlungsfreiheit, welche nur in der Möglichkeit einer Betätigung bestehe, dem Menschen von der Natur gegeben sei und nicht vom Recht. Wenn nun diese natürliche Handlungsfreiheit von der Rechtsordnung beschränkt worden sei, so enthalte die Aufhebung einer solchen Beschränkung — und eine solche Aufhebung ist auch die Erteilung einer Konzession — nur die Feststellung der Behörden, daß im vorliegenden Falle gegen eine Betätigung der Freiheit nichts einzuwenden sei. Demgemäß bilde auch die Vornahme konzessionspflichtiger Handlungen nur eine Betätigung der natürlichen Freiheit, woraus sich ergeben müsse, daß kein subjektives Recht hierdurch entstehen könne. Laband[1]) äußert sich hier-

[1]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 3 S. 209 Note 2.

über wie folgt: „Meines Erachtens können die Versuche, aus bloßen Ausnahmen von den Beschränkungen der menschlichen Fähigkeit zur Erwerbstätigkeit den Tatbestand eines eigenartigen und positiven Rechts zu bilden, zu keinem befriedigenden Resultat führen. Wenn das Gesetz den Betrieb eines Gewerbes an die Bedingung einer Konzession oder Approbation knüpft, so bedeutet dies rechtlich den Ausschluß der allgemeinen Gewerbefreiheit hinsichtlich dieses Gewerbes; es ist das gesetzliche Verbot, dieses Gewerbe zu betreiben. Durch die Konzession oder Approbation wird dieses Verbot wieder aufgehoben für diejenigen bestimmten Personen, denen die Approbation oder Konzession erteilt worden ist. Für diese Personen ist die Konzession die Negation der Negation der Gewerbefreiheit, die Wiederherstellung derjenigen natürlichen Handlungsfreiheit, die sie ohne jede obrigkeitliche Verleihung von selbst gehabt haben würden, wenn jenes gesetzliche Verbot nicht erlassen worden wäre".[1])

Das Resultat dieser Untersuchungen, besonders in bezug auf die Grund- und Freiheitsrechte, erkannte man wohl als „nicht erschöpfend",[2]) und es wurde Labands Ansicht und Methode in letzterer Hinsicht besonders bekämpft.[3])

---

[1]) Ähnliche Ausführungen ebenda Bd. 3 S. 195 Anm. 1; desgleichen O. Mayer, D. VerwR. Bd. 1 S. 287 ff.; Gluth, Genehmigung und subjektives Recht (im Arch. f. öffentl. R. Bd. 3 S. 569 ff.); Jellinek, System der subj. öff. R. S. 110; Seydel, Das Gewerbepolizeirecht (in Hirths Annalen 1881 S. 637); Seydel, Bayer. Staatsrecht Bd. 5 S. 661; Grotefend, Preuß. VerwR. Bd. 1 S. 53 Anm. 1; Nelken, Das Gewerberecht in Preußen Bd. 1 S. 540.

[2]) Jellinek a. a. O. S. 102 Anm. 2.

[3]) Laband war der Meinung, daß privates und öffentliches Recht sich auf einheitlicher Basis aufbauen müßte, und hatte darnach versucht, die einzelnen öffentlichrechtlichen Begriffe in „zivilistischer Methode" entsprechend dem Systeme des privaten Rechtes unter allgemeinere Rechtsbegriffe einzuordnen, wobei sich in manchen Fällen derartige Schwierigkeiten ergaben, daß er sich gezwungen sah, einzelne Begriffe — so die Grund- und Freiheitsrechte — vollständig des rechtlichen Charakters zu entkleiden. Diese Art der Stoffbehandlung bezeichnet Stoerk in seiner Schrift „Zur Methodik des öffentlichen Rechts" (S. 61 f.) als die „rationalistische Technik der zivilistischen Methode" und bemerkt hierzu wie folgt: „Von dem grundirrtümlichen Gedanken ausgehend, daß eine jede auf den Rechtszustand des

Jedoch wird der objektivrechtlichen Theorie, die logisch auf ihren Voraussetzungen aufgebaut ist, eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden können, zumal sie in der Rechtsprechung bevorzugt wird.[1]) So wird denn die laufende Darstellung zu zeigen haben, ob und inwieweit diese Theorie als richtig anzuerkennen ist, oder ob die andere Ansicht den Vorzug verdient.

Diese zweite Hauptansicht über die rechtliche Natur der Konzessionen, die subjektivrechtliche Theorie, ist in mannigfacher Weise durchzuführen versucht worden. Als Ausgangspunkt dient meist die Idee, daß alle rechtlichen Fähigkeiten eines Individuums ebensoviel subjektive Rechte in diesem bebegründen — die Theorie der subjektiven Rechtsnatur der Grundrechte.

Um das Ziel der Entwicklung dieser Theorie, welche hier folgen soll, vorwegzunehmen, so wäre der Beweis zu erbringen, daß die Grundrechte, welche dem öffentlichen Rechte angehören, in der Person des einzelnen als subjektive öffentliche Rechte beständen. Wenn auch das Vorhandensein einer solchen Kategorie von Rechten kaum geleugnet werden kann,[2]) so herrscht doch ein lebhafter Streit darüber, wo eine richtige Umgrenzung für die Existenz solcher Rechte zu finden sei. Die Ursache dieses Streites liegt in der Verschiedenheit der dem subjektiven öffentlichen Rechte gegebenen Definitionen. Es wird daher eine von den Grundbegriffen ausgehende Definition des subjektiven Rechts, „des Eckpfeilers des ganzen Rechtsbaues in der modernen

---

Staatsbürgers bezügliche Vorschrift des öffentlichen Rechts immer auch zugleich ein subjektives Recht des Staatsbürgers begründen müsse, werden die Freiheitsrechte des Rechtscharakters entbehrend qualifiziert, denn sie sichern dem einzelnen nur ‚seine natürliche Handlungsfreiheit in bestimmtem Umfange, aber sie begründen nicht subjektive Rechte der Staatsbürger. Sie sind keine Rechte, denn sie haben kein Objekt' ".

[1]) Entsch. d. OVG. Bd. 6 S. 270.

[2]) So leugnet Schuppe (Begriff des subjektiven Rechts) vollständig das Vorhandensein eines subjektiven Rechts zwischen Individuum und Staat; desgleichen Bornhak (Preuß. Staatsrecht Bd. 1 S. 269).

Doktrin“,[1]) als notwendige Grundlage für die weiteren Erörterungen vorauszuschicken sein.

Als Ausgangspunkt kann das objektive Recht gewählt werden, das als der Inbegriff jener erzwingbaren Normen bezeichnet wird, welche in einer menschlichen Gemeinschaft das Verhalten und die Beziehungen des einzelnen zum Ganzen und zu den anderen Mitgliedern der Gemeinschaft zu ordnen bestimmt sind. Hierbei stützt sich die Rechtsordnung auf die Voraussetzung, daß im einzelnen von Natur aus die Möglichkeit vorhanden ist, solche Beziehungen zu schaffen, zu erhalten oder aufzuheben. Eine derartige Beziehung bedarf unbedingt der Richtung auf ein bestimmtes Objekt — im weitesten Sinne —,[2]) auf ein Gut, bezüglich dessen dem Individuum ein gewisser Schutz gegenüber anderen Subjekten zuteil wird. In dem einzelnen Individuum wird dieses Gut zum Interesse.[3]) Der Schutz dieses Interesses aber gründete sich vor Einführung einer Rechtsordnung zumeist auf physische Gewalt oder Einfluß der Persönlichkeit, beruht dagegen im Rechtsstaat auf einer gewissen Macht, welche in den Normen der Rechtsordnung ihren Ursprung hat und sich in der Autorität äußert, welche dem Berechtigten durch die Rechtsnorm zugebilligt wird. Diese Macht wird als „das subjektive Recht“ bezeichnet.[4]) Interesse, Beziehung und

---

[1]) Bekker, Pand. Bd. 1 S. 46.

[2]) Im Gegensatz hierzu schreibt Bekker (Pand. S. 45): „Nur ein Teil, aber der für das Privatrecht weitaus wichtigste Teil der subjektiven Rechte gibt dem Berechtigten Gewalt über ein Objekt“. Eine Erläuterung hierzu folgt in Beilage III S. 50: „Der Gegensatz der Rechte an einem Objekt und ohne Objekt stützt sich auf unmittelbare Wahrnehmung. Niemand wird zunächst im Zweifel sein, daß das Eigentum, das ius possessionis, die patria potestas Rechte an Objekten sind, und daß das Bürgerrecht, das ius honorum und das ius suffragii, die testamenti factio usw. objektlos dastehen“. Nach Labands Ansicht wären hier, wie schon oben S. 4 Anm. 3 erörtert wurde, überhaupt keine subjektiven Rechte vorhanden. Die weitere Darstellung wird zu beweisen suchen, daß diese Fähigkeiten doch eine gewisse rechtliche Verkörperung erhalten können.

[3]) Jellinek a. a. O. S. 43f.; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 216.

[4]) Obige Ansicht kommt der Ausführung Dernburgs (Pand. Bd. 1 S. 88) nahe, welcher allerdings das Vorhandensein subjektiver Rechte schon

Rechtsnorm bilden demnach die Voraussetzungen zur Entstehung dieser rechtlichen Macht. Das Richtige dürfte also sein, das subjektive Recht zu definieren als die Macht zum Schutze des Interesses.[1]) Dies muß in gleicher Weise für das private und öffentliche Recht gelten.

In der weiteren Entwicklung ist sodann das unterscheidende Merkmal von öffentlichem und privatem Rechte zu bestimmen. Der alte Satz des römischen Rechts: huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum, publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem, sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim[2]) zeigt uns den Weg, indem er auf den Unterschied der einzelnen Rechtssätze dem Inhalte nach verweist. Freilich bestehen auch hier Kontroversen; die einen betrachten als das unterscheidende Moment das im Rechtssatz geschützte Interesse,[3]) während andere den Hauptunterschied in der unter- oder gleichgeordneten Stellung der Subjekte suchen, die kraft Rechtssatzes zueinander in Beziehung treten.[4]) Auch eine beide Auffassungen verbindende Ansicht[5]) ist vorhanden und wird begründet durch Bezugnahme

---

vor Entstehung einer Rechtsordnung annimmt. Indes entbehren diese Erscheinungen des schutzbegründenden Rechtssatzes.

[1]) Ähnlich Merkel, Juristische Enzykl. § 159; Thon a. a. O. S. 219. Desgleichen definiert Regelsberger (Pand. Bd. 1 S. 76) das subjektive Recht als „die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses". Im Gegensatz hierzu steht die „Willenstheorie", welche das subjektive Recht als „Willensherrschaft" (Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 S. 156) oder „Wollendürfen" bezeichnet, desgleichen die Auffassung Jherings (Geist des römischen Rechts Bd. 3 Teil 1 S. 338), die subjektiven Rechte seien „rechtlich geschützte Interessen".

[2]) l. 1 § 2 D. 1, 1.

[3]) Diese „Interessentheorie" vertreten Bruns (Das Pandektenrecht, in Holtzendorffs Enzykl. 6. Aufl. S. 298) und Merkel (a. a. O. §§ 84ff.).

[4]) Diese Ansicht, von Kulisch (System des österreichischen Gewerberechts S. 16 Anm.) als „Subjektionstheorie" bezeichnet, vertreten außer ihm Savigny (System des heutigen römischen Rechts Bd. 1 S. 23), Loening (D. VerwR. S. 9), O. Mayer (a. a. O. Bd. 1 S. 142), Jellinek (a. a. O. S. 53ff.), Thon (a. a. O. S. 109ff.).

[5]) Wach, Handb. des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 93ff.; Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession S. 22.

auf Rechtssätze, welche in erster Linie öffentlichrechtliche Interessen verfolgen, trotzdem aber dem privaten Rechte angehören.[1]) Der zweiten Ansicht zufolge wird das Hauptgewicht darauf zu legen sein, daß das öffentliche Recht das Individuum immer als Glied einer Gesamtheit mit dieser in Beziehung setzt, und das ist als ein wesentliches Kriterium des öffentlichen Rechts zu bezeichnen. Dementsprechend definiert Loening[2]) richtig: „Das öffentliche Recht enthält die Normen über die Organisation und die Ausübung der öffentlichen Gewalt sowie die Normen über das Verhältnis der Beherrschten zu dem herrschenden Staate und seinen Organen".[3])

Aber noch nicht genug hiermit. Das öffentliche Recht weist noch ein zweites Merkmal auf, welches bei der weiteren Untersuchung des subjektiven Rechts zutage tritt.

Die menschlichen Handlungen oder sonstige Ereignisse greifen entweder in die Sphäre anderer Personen ein und sind demnach geeignet, in rechtlicher Hinsicht die Grenzen des Machtbereiches der einzelnen zu verschieben, oder sie lassen diese unberührt. Wenn durch Rechtssatz Vorgänge der ersteren Art für erheblich erklärt werden — denn nur diese kommen rechtlich in Betracht —, so werden hierdurch einzig die natürlichen Wirkungen dieser Vorgänge bestätigt und der Eingriff in den Machtbereich anderer gestattet. Es sind dementsprechend rechtlich relevante und rechtlich irrelevante Vorgänge zu unterscheiden. Da die erstgenannten durch die Verschiebung der Machtgrenzen naturgemäß Beziehungen zwischen den einzelnen Personen hinsichtlich der dabei in Frage kommenden Interessen hervorrufen und diese Wirkungen im Rechtssatz ihre Bestätigung finden, so gelangen durch diese Vorgänge gemäß den vorausgeschickten Erörterungen subjektive

---

[1]) Beispiele bei Rehm a. a. O. S. 23; Endemann, Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 86.

[2]) Loening a. a. O. S. 9.

[3]) Das gleiche gilt für die Verhältnisse zu anderen mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Verbänden, wie Gemeinden, Provinzen, nicht aber dann, wenn der Staat dem Beherrschten gleichgeordnet, als Privatrechtssubjekt mit jenem Rechtsbeziehungen anknüpft (Loening a. a. O. S. 9; Kulisch a. a. O. Bd. 1 S. 15ff.).

Rechte zur Entstehung. Neben diesen beiden Arten von Vorgängen nehmen wir bei genauer Betrachtung in der Rechtsordnung eine dritte Art, ausschließlich Handlungen wahr, welche an sich betrachtet als rechtlich unerheblich erscheinen müssen, während ihnen durch Rechtssatz eine gewisse Kraft und Wirkung beigelegt, verliehen wird, wodurch auch sie rechtlich relevant werden. So sei als Beispiel solcher Handlungen, welche unverkennbar in ihren Wirkungen über den Rahmen natürlicher Betätigungskraft hinausgehen, dementsprechend also mit einer Gewährung von seiten des gesetzgebenden Machthabers ausgestattet sind, die Testamentserrichtung genannt; das unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften gefertigte Schriftstück müßte als solches rechtlich bedeutungslos sein, wenn ihm nicht durch Rechtssatz die Kraft eines Testaments beigelegt würde. Auch bei jedem der vorgenannten rechtlich relevanten Vorgänge kann mehr oder weniger eine derartige durch Rechtssatz verliehene Kraft festgestellt werden. Hierauf weist schon Bekker in seinem Pandektenrecht[1]) hin: „Allemal hat der Berechtigte etwas, und zwar allgemein etwas ihm Vorteilhaftes, das dem Unberechtigten abgeht. Dieses Etwas bezeichnen wir als etwas Verliehenes; es ist aber nicht zu übersehen, daß unter diesem ‚Verleihen' keineswegs nur das Geben von oben herab, sondern häufig auch nur ein Belassen, Nichtnehmen zu verstehen ist . . . Doch muß es stets ein Belassen von solchen Dingen sein, die der Auktor der Rechtsordnung, also regelmäßig der Staat, auch nehmen, d. h. verbieten könnte, wogegen der Rechtsbegriff gänzlich zerfließt, wenn man ein Recht, zu atmen, zu denken usw. mit hineinzieht". Diese letzten Worte bezeichnen deutlich die Grenze rechtlicher Relevanz,[2]) während die oben angedeutete Unterscheidung innerhalb der rechtlich relevanten Vorgänge von Jellinek klargestellt worden ist, welcher die Fähigkeit zur Vornahme von Handlungen auf Grund jener besonderen rechtlichen Verleihung treffend als das „rechtliche Können" bezeichnet.[3])

[1]) Bekker, Pandektenrecht S. 49.

[2]) Ähnlich bei Thon a. a. O. S. 335ff.

[3]) Desgleichen spricht Jellinek (S. 46) von einem „rechtlichen Dürfen",

Eine ähnliche Entwicklung findet sich in Rehms Schrift über die rechtliche Natur der Gewerbskonzession.[1]) Auch er erkennt, bezüglich des subjektiven Rechts auf der Willenstheorie fußend, wohl den Unterschied innerhalb der rechtlich relevanten Vorgänge, „des rechtlich erlaubten Wollens", und stellt einen Gegensatz zwischen „subjektivem Recht" und „Befugnis" auf. Wenn das Recht hierbei eine „individualisierte Befugnis" genannt wird mit Rücksicht darauf, daß eine feste Verbindung mit den Interessen oder dem Willen bestimmter Subjekte, also eine Beziehung besteht, so ist zwar richtig erkannt, daß die „Befugnis", welche mit dem „rechtlichen Können" identisch ist, an sich keine Beziehung enthält, jedoch ist es nicht zu billigen, wenn diese Befugnis als ein Mittelding zwischen Recht und Nichtrecht hingestellt und somit in das Gefüge des Rechtsbaues ein neuer Begriff eingeschoben wird, der, wie noch zu zeigen ist, sich als ein Teil schon vorhandener Begriffe zu erkennen gibt.[2])

Es bleibt nämlich noch die Frage zu untersuchen, ob auch durch die Vornahme von Handlungen auf Grund rechtlicher Verleihung sich subjektive Rechte entwickeln können. Schwierigkeiten macht hierbei allein der Nachweis des Vorhandenseins einer Beziehung, während das Bestehen eines Rechtssatzes vorausgesetzt wird und ein gewisses Interesse durch die Handlung selbst bedingt ist. Wenn der Gesetzgeber durch die Rechtsnorm dem einzelnen die Möglichkeit bietet, bestimmte Handlungen vorzunehmen, so gewährt er zugleich Schutz gegen den rechtlich Verpflichteten, welcher den Rechtsgenuß etwa verwehren wollte. Nun handelt es sich bei den verleihenden Rechtssätzen mit wenigen Ausnahmen um Betätigungen, welche ernstlich nur die öffentliche Gewalt, also der Staat selbst als rechtlich Verpflichteter zu verwehren imstande wäre, so bezüglich des Versammlungsrechts, des Rechts, ein Gewerbe zu

---

das die Gesamtheit der zuerst erwähnten „rechtlich relevanten von der Rechtsordnung gestatteten Handlungen" umfaßt.

[1]) Rehm a. a. O. Kap. 1.

[2]) vgl. S. 11. Die Ansicht wird auch bekämpft bei Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 195 Anm. 1.

betreiben und anderer mehr. Hieraus kann mit Sicherheit auf das Vorhandensein einer Beziehung des Individuums zum Staate geschlossen werden, während auch umgekehrt das „rechtliche Können" stets da zu finden sein wird, wo „es sich um ein Rechtsverhältnis publizistischer Natur zwischen Individuum und Staat handelt".[1])

Somit sind auch hier die Bedingungen für das Vorhandensein eines subjektiven Rechts, und zwar zumeist eines subjektiven öffentlichen Rechts gegeben. Das „rechtliche Können" aber gewinnt hierdurch die Bedeutung eines weiteren Merkmals für das öffentliche Recht. Zugleich gibt es sich als eine Vorbedingung zu erkennen, als eine Möglichkeit oder Fähigkeit, bestimmte öffentliche Rechte zu erwerben, und ist in dieser Beziehung mit der Rechtsfähigkeit oder Testamentsfähigkeit zu vergleichen. Außerdem bildet jede einzelne rechtliche Fähigkeit den wesentlichen Inhalt, das materielle Element eines subjektiven öffentlichen Rechts, das erst im Zusammenhang mit einer Relation des einzelnen zum Staate in wahrnehmbare Erscheinung tritt. So ist denn auch Rehms „Befugnis" nur ein Element im subjektiven Recht, welches in der Form der Relation zum subjektiven Rechte wird, ohne diese aber gegenstandslos bleibt.

Eine weitere Frage ist nun, an wen der Staat dieses Können verleiht und von welchen Bedingungen er die Verleihung abhängig macht. Dementsprechend wird das individuelle Maß des Könnens sich verschieden gestalten und in der Person jedes einzelnen sich zu einem Inbegriff vom Rechte verliehener Fähigkeiten entwickeln.

Verbindet man das Resultat der Erörterung über das öffentliche Recht und über das subjektive Recht, so ergibt sich für das subjektive öffentliche Recht folgende Definition: es ist eine Macht, welche dem einzelnen als Glied im öffentlichen Verbande bei seinen Beziehungen zu diesem vermöge seiner konkreten persönlichen Fähigkeiten zum Schutze seines Interesses verliehen ist.[2])

---

[1]) Jellinek a. a. O. S. 51.

[2]) Ebenso definiert O. Mayer (D. VerwR. Bd. 1 S. 110): „Das Wesen

Die Theorie der subjektiven Rechtsnatur der Grundrechte hält nun die Grund- und Freiheitsrechte für solche subjektive öffentliche Rechte. Demgegenüber wird aber der Beweis zu führen sein, daß hier die Vorbedingungen für das Entstehen eines subjektiven Rechts nicht gegeben sind. Wenn ein Rechtssatz lautet: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet", so wird zwar hiermit die Gewerbefreiheit als Grundrecht proklamiert, ist aber deshalb für jedermann ein Interesse am Gewerbebetrieb geschaffen oder besteht dieses von vornherein? Jedenfalls wird gerade in den Fällen, in welchen ein Interesse nicht nachzuweisen ist, auch eine Beziehung des Berechtigten zum Staate in keiner Form denkbar sein. Dieser Mangel an notwendigen Voraussetzungen muß sich für alle diese „Rechte" in gleicher Weise feststellen lassen. In Übereinstimmung hiermit äußert sich Otto Mayer[1]) über die Grund- und Freiheitsrechte: „Alles das sind allgemeine Möglichkeiten, Fähigkeiten, aber keine Rechte. Damit man von einem Rechte sprechen könne, ist die erste Voraussetzung, daß eine bestimmte rechtliche Wirkung bereits eingetreten sei im Verhältnis zu dem einzelnen Untertanen, der dem Staate gegenübersteht". Damit fällt obige Theorie in sich zusammen; die „Grund- und Freiheitsrechte" können nicht an sich subjektive öffentliche Rechte sein.

Durch die Widerlegung obiger Theorie ist nun auch folgerichtig der subjektivrechtlichen Konzessionstheorie die Grundlage entzogen. Was aber an dieser Theorie noch Interesse erweckt, ist die Mannigfaltigkeit der zu ihrer Durchführung benutzten Konstruktionen.

Der Hauptvertreter der Richtung, Loening,[2]) führt aus, daß der einzelne nicht ein besonderes Recht auf Betätigung dieser oder jener Freiheit habe, sondern daß der Inbegriff aller dem einzelnen gewährten Freiheiten ein einziges subjektives

---

des subjektiven öffentlichen Rechts kann nur bestehen in einer rechtlichen Macht über die öffentliche Gewalt selbst". Hierbei verweist er auf das „rechtliche Können", das der „Macht über die öffentliche Gewalt" ungefähr gleichzuachten sei.

[1]) O. Mayer, D. VerwR. Bd. 1 S. 107.

[2]) Loening, D. VerwR. S. 12.

öffentliches Recht des Betreffenden bilde, das Recht der Persönlichkeit, der Freiheit; dieses Recht „werde begründet durch den allgemeinen Rechtssatz, nach welchem jeder Mensch als Person anerkannt und geschützt wird, und entstehe in jedem Menschen durch die Tatsache seiner Existenz".[1]) Nun seien freilich mit Rücksicht auf besondere Interessen der Ausübung dieses Rechtes gewisse Schranken gezogen; die konkrete Aufhebung einer solchen Beschränkung, wie sie in der Konzessionserteilung liegt, gewähre daher das Recht zur Ausübung eines schon vorhandenen Rechtes, des Rechtes der Persönlichkeit. Somit schreibt Loening der Konzession eine rechtsbegründende Kraft zu.

Anders liegen die Verhältnisse nach der Ansicht v. Sarweys[2]): Durch positiven Rechtssatz können die verschiedenen Möglichkeiten menschlicher Willensbetätigung zu subjektiven Rechten erhoben werden, so daß die verfassungs- oder gesetzmäßig garantierten Freiheiten in der einzelnen Person subjektive Rechte begründen. Soweit das Gesetz aber Beschränkungen dieser Freiheit kennt, bleibt die Begründung solcher an sich nicht vorhandenen Rechte dem die Beschränkungen aufhebenden Verwaltungsakte, wie Konzession, Approbation, Genehmigung usw., vorbehalten.

Die beachtenswerte, scharf durchgeführte Abhandlung Rehms über die Rechtsnatur der gewerblichen Konzession zeigt uns diese wieder in anderem Gepräge. Rehm wählt als Ausgangspunkte seiner Darstellung[3]) den § 1 Abs. 1 GewO.: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet" und den schon besprochenen, von ihm konstruierten Begriff der „Befugnis" und leitet aus obigem Satze eine solche „Befugnis" in doppelter Richtung ab, gegenüber jedem Privatrechtssubjekt und gegenüber dem Staate. Er gewinnt als Resultat der Auslegung der Gesetzesworte, daß durch diese eine private und öffentliche Gewerbebefugnis begründet werde. Da beide Befugnisse die begrifflichen Merkmale des subjektiven Rechtes an sich trügen, so sei die in

[1]) Loening a. a. O. S. 16.

[2]) v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 510.

[3]) Rehm a. a. O. S. 17—29.

§ 1 ausgesprochene Gewerbefreiheit als ein privates und öffentlich subjektives Recht des einzelnen anzusehen. Bei seinen Ausführungen über das Wesen der Konzession macht er gleichzeitig auf die ausschließliche Bedeutung des Konzessionszwanges für den Schutz öffentlicher Interessen aufmerksam. Er kommt dementsprechend zu der Ansicht, daß bei einem konzessionspflichtigen Gewerbebetrieb das subjektive Recht durch die Konzession zur Entstehung gelange und diese auch Rechtsgrund für das öffentliche subjektive Recht sei, daß aber für das private Recht der Rechtsgrund immer im Gesetze selbst zu suchen sei.[1])

Ähnliche Ausführungen im Sinne der subjektivrechtlichen Theorie finden sich bei Schenkel,[2]) desgleichen bei v. Schicker, welcher dem Konzessionär ein „subjektives, wenn auch nicht unter dem Schutz der Zivilgerichte stehendes Recht" zuspricht.[3]) Auch die neueste Abhandlung von Korb[4]) äußert sich in diesem Sinne.

Alle bisher erwähnten Ansichten fußten auf jener Theorie der Grund- und Freiheitsrechte. Da das Wesen dieser Freiheiten der strittigste Punkt im Ringen nach Klarheit über die Rechtsnatur der Erlaubniserteilungen war, versuchte Gluth[5]) unter Anerkennung der Freiheiten als der von Natur bestehenden Möglichkeiten, sich zu betätigen, einen Beweis zugunsten der subjektivrechtlichen Theorie zu führen. Dementsprechend lautet seine Darstellung[6]): „Die Gewerbefreiheit begründet keine subjektiven Rechte; sie gewährt tatsächlich nur Raum für die natürliche Handlungsfreiheit, allein der Satz, mit welchem sie

---

[1]) Rehm a. a. O. S. 28.

[2]) Schenkel, Die deutsche Gewerbeordnung Bd. 1 S. 94. Hier begründet „die besondere Genehmigung für den Inhaber einen Rechtsanspruch des öffentlichen Rechts, der wie viele derartige Rechtsansprüche für den Beteiligten einen privatwirtschaftlichen Wert hat".

[3]) v. Schicker, Die GewO. für das Deutsche Reich Bd. 1 S. 97.

[4]) Korb, Die rechtliche Natur und Bedeutung der Konzessionen und Approbationen, insbesondere auf dem Gebiete des Gewerberechts S. 8 ff., 14 ff.

[5]) Gluth, Genehmigung und subjektives Recht (im Arch. f. öffentl. R. Bd. 3) S. 569 ff.

[6]) Gluth a. a. O. S. 604.

in der Gesetzgebung Ausdruck findet, schafft ein subjektives Recht für den einzelnen in seinem Verhältnis zur Verwaltung". Wo also durch besonderen Rechtssatz, wie § 1 GewO., die Handlungsfreiheit des einzelnen anerkannt ist, da ist nach Gluths Ansicht auch ein subjektives Recht vorhanden, wenn ein „Verhältnis zur Verwaltung" besteht, d.h. die Möglichkeit, sich gegenüber Eingriffen der Verwaltungsorgane in seine Handlungssphäre zu behaupten. Diese Möglichkeit kann aber streng genommen nur dann gegeben sein, wenn man von dieser Handlungsfreiheit Gebrauch macht, andernfalls gar keine Veranlassung vorliegen würde, mit der Verwaltung eine Beziehung anzuknüpfen. Trotzdem behauptet Gluth, daß jeder, auch schon der Konzessionsbewerber, das subjektive Recht habe, wenn auch dessen Wirksamkeit bedingt sei, so daß die Konzession rechtsbegründende Kraft nicht mehr besitzen könne, vielmehr entsprechend der objektivrechtlichen Theorie sie nur eine Erklärung der Verwaltungsbehörde enthalte, daß gegen die Ausübung der Tätigkeit keine Bedenken obwalten. Übrigens, sagt Gluth, enthalte die Bewerbung schon eine Ausübung des Freiheitsrechtes, einen Anspruch, daß die Genehmigung erteilt werde, wenn nicht gesetzliche Gründe dem entgegenständen, nach seiner Ansicht eine formelle Änderung des Anspruchs, an der betreffenden Tätigkeit nicht verhindert zu werden. Demnach bilde die Konzessionserteilung eine „Übergangsphase" zu „jener Rechtslage, welche von vornherein bestünde, wenn das Erfordernis der Genehmigung gesetzlich nicht aufgestellt wäre".[1]) Selbst nach Maßgabe der Voraussetzungen würden diese Behauptungen nicht folgerichtig sein, da die Geltendmachung des subjektiven Rechtes durch die Konzessionserteilung bedingt ist und der Anspruch demgemäß auch in der geänderten Form vorher nicht erhoben werden könnte.[2])

---

[1]) Gluth a. a. O. S. 632.

[2]) Dieselbe Behauptung wird auch von Rehm widerlegt (a.a.O. S. 15 ff.). Ähnlich wie Gluth bezeichnet v. Stengel (Lehrb. d. VerwR. S. 183) die Konzession als „Erteilung der Befugnis zur Ausübung eines subjektiven Rechts".

Weiter sei die Ansicht Kohlers im „Bürgerlichen Recht“ [1]) hervorgehoben. Dieser zählt das Gewerberecht zu den Persönlichkeitsrechten und führt dabei aus: „Solange jemand ein Gewerbe nicht betreibt oder die Bedingungen eines Gewerbebetriebes nicht erfüllt hat, kann der Umstand, daß es ihm möglich ist, die Voraussetzungen des Gewerbebetriebes herbeizuführen und ein Gewerbe zu eröffnen, noch nicht ein Recht gewähren; die Möglichkeit, sich im Gewerbe zu betätigen, ist nur eine Äußerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“. Demnach wäre also an sich kein Recht vorhanden, sondern erst mit der befugten Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit oder bei konzessionspflichtigen Handlungen mit der Erlaubniserteilung käme ein subjektives Recht zur Entstehung. Kohler betont hierbei nach der Ansicht Schultzensteins zu stark die privatrechtliche Bedeutung dieses Gewerberechts, welches „doch seinem Wesen nach zu sehr dem öffentlichen Rechte“ angehöre.[2])

In dieser mannigfachen Weise hat die subjektivrechtliche Theorie ihre Beurteiler gefunden. Faßt man das Ergebnis der vorstehenden Auseinandersetzungen zusammen, so sieht man beim Vergleich der Gesichtspunkte, von welchen bei der Frage über die Rechtsnatur der Konzession ausgegangen wird, daß einerseits die Labandsche objektivrechtliche Theorie kein in allen Teilen zufriedenstellendes Resultat geboten hat, daß andererseits die subjektivrechtliche Theorie besonders in ihren Voraussetzungen entschieden zu weit geht. Daß gerade in dieser Hinsicht noch manches unklar geblieben ist, spricht Jellinek[3]) im Anschluß an seine diesbezüglichen Darlegungen mit den Worten aus: „Aufgabe juristischer Analyse ist es, das Positive zu erkennen, das in der ausdrücklichen Normierung derartiger Freiheitsrechte vom Gesetzgeber bezweckt wurde“.

---

[1]) Kohler, Bürgerl. R., in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 1 S. 593.
[2]) Schultzenstein im VerwArch. Bd. 12 S. 566.
[3]) Jellinek a. a. O. S. 102 Anm. 2.

§ 3.

Die Konzession als Voraussetzung zum Erwerbe subjektiver Rechte.

Die Untersuchung der sogen. „Grund- und Freiheitsrechte“ hat ergeben, daß diese sich infolge des Mangels an wesentlichen Voraussetzungen nicht als Rechte, sondern nur als allgemeine Möglichkeiten menschlicher Betätigung darstellen. Dieser Ansicht ist auch die Rechtsprechung insbesondere in bezug auf das Wesen der Gewerbefreiheit gefolgt.[1])

Wenn nun jemand auf Grund dieser Freiheit einen Gewerbebetrieb, der gesetzlichen Beschränkungen nicht unterliegt, begonnen hat, hätte er dann den Staatsorganen gegenüber Mittel, wenn sie ihm jene Ausübung verwehren wollten? Tatsächlich stehen ihm solche Mittel zur Verfügung, die aus einer gewissen Macht gegenüber dem Staate entspringen müssen. Da nun die Gewerbefreiheit an sich weder ein Recht ist noch Rechte gewährt, so kann diese Macht nur durch die Tatsache der Gewerbeausübung entstanden sein. Will man sich das Wesen dieser Macht aus ihrem Entstehungsgrunde heraus näher erklären, so macht man bei einem Einblick in das objektive Recht die Wahrnehmung, daß sich in vielen Fällen die Verleihung einer solchen besonderen Macht an die Erfüllung eines gewissen Tatbestandes knüpft, so beispielsweise an die Vornahme bestimmter Handlungen die Kraft und Wirksamkeit des Testamentes. Auch der „Gewerbebetrieb“ enthält einen solchen Tatbestand, der sich in einer dauernden, auf Gewinn gerichteten Tätigkeit bekundet und durch das Gewerberecht mit den genannten rechtlichen Wirkungen ausgestattet wird. Das Zusammentreffen der typischen Tatbestandsmomente in einem Rechtssubjekte bringt jene Macht zur Entfaltung, welche sich als etwas von der Rechtsordnung „Verliehenes“ darstellt, wie es schon gekennzeichnet wurde als das materielle Element eines subjektiven öffentlichen Rechts. Vermöge dieser Macht steht dem Gewerbetreibenden die Be-

[1]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 373; Entsch. d. OVG. Bd. 6 S. 270, Bd. 38 S. 66.

fugnis zu, für sein Interesse, das er zweifellos an der Ausübung des Gewerbes hat, Schutz seitens des Staates und gegenüber dem Staate zu verlangen. Hieraus muß notwendig das Vorhandensein einer Beziehung des Individuums zum Staate gefolgert werden und somit auch die Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts. Auch vereinigt der vorliegende Tatbestand alle Vorbedingungen eines solchen Rechts, welches hiernach seinen Entstehungsgrund in der Ausübung der betreffenden Freiheit hat und nicht für jeden einzelnen allein auf Grund des die Freiheit aussprechenden Rechtssatzes besteht.

Die weitere Untersuchung hat sich darauf zu erstrecken, ob nicht die Ausübung gewisser Tätigkeiten, besonders der gewerblichen, den Machtkreis des Individuums auch nach anderer Richtung hin erweitert. Es sind Fälle denkbar, in welchen der Ausübende sein Interesse am Betriebe auch dritten Personen gegenüber zu verteidigen in die Lage kommt, und zwar dann, wenn sie dem Gesetze zuwider — nicht schon durch eine aus ihrer Handlungsfähigkeit entspringende Konkurrenz — in die Sphäre des Berechtigten eingreifen, wie dies z. B. durch unlauteren Wettbewerb geschehen kann. Ganz außer Betracht bleiben hier Rechte oder Ansprüche, welche Privatpersonen gegenüber aus den zwecks Ausübung der Tätigkeit vorgenommenen Handlungen und Geschäften entstehen; diese regeln sich immer nach den Normen des Privatrechts. Vielmehr kann es sich hier nur um Verletzungen der Gesetze handeln, die der Ausübung „Ordnung und Maß“ geben, in welchem Rahmen die Tätigkeit sich frei entfalten kann.[1]) In diesen Fällen bestehen Ansprüche gegen den betreffenden Dritten, welche notwendig ein vorhandenes Recht des Ausübenden voraussetzen. Wie beim Eigentumsrechte ein Anspruch nur mit der Zuwiderhandlung erwächst, so ist es im gleichen Maße hier der Fall, so daß aus vorhandenen Ansprüchen auf das Bestehen eines Rechts geschlossen werden kann. Als die speziellen Kennzeichen des privaten subjektiven Rechts gelten die Möglichkeiten, Ansprüche an dritte Personen

---

[1]) vgl. Seydel, Das Gewerbepolizeirecht nach der RGewO., in Hirths Annalen 1881 S. 573.

zu erheben und über das Recht zu disponieren.[1]) Die erstere Möglichkeit ist unzweifelhaft bewiesen; zum Beweise der letzteren muß näher auf die Qualität der betreffenden Tatbestände eingegangen werden. Hier fällt sofort auf, daß diese ihre rechtliche Kraft nicht unmittelbar wie das subjektive öffentliche Recht auf den allgemeinen, die Tätigkeit sanktionierenden Rechtssatz stützen, sondern auf ganz spezielle Gesetzesbestimmungen, welche den betreffenden Tatbestand zu einem Rechtsbegriffe erheben. Als Beispiele seien hervorgehoben der § 9 UnlWG. v. 27. 5. 1896, welcher für den Verrat fremder Geschäftsgeheimnisse unter anderen einen Schadensersatzanspruch begründet, und der § 37 HGB. in Verb. mit § 8 des erstgenannten Gesetzes, wonach der Firmenmißbrauch Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz gewährt. Aus dieser Kasuistik ergibt sich recht deutlich der Unterschied zwischen dem allgemein auf Schutz und Gewährung hinzielenden öffentlichen Rechte und den hier vorhandenen privaten Rechten; andererseits tritt auch an diesen Beispielen das zweite Merkmal des subjektiven privaten Rechts hervor, daß der Inhaber dieser Rechte über sie disponieren, sie veräußern kann. Ist nun offensichtlich die Zahl der hier möglichen privaten subjektiven Rechte an sich eine begrenzte, so können im konkreten Fall der Gewerbeausübung diese Rechte auch gänzlich fehlen. Daher ist es keinesfalls notwendig, daß zugleich mit dem subjektiven öffentlichen Recht bei der Ausübung der Tätigkeit auch stets subjektive private Rechte entstehen, sondern nur insoweit, als eventuell Ansprüche hinsichtlich gerade dieser Ausübung aus den speziellen Gesetzesbestimmungen sich ergeben könnten.[2]) Das Resultat der Untersuchung kann also dahin zusammengefaßt werden, daß neben dem einen subjektiven öffentlichen Recht der Freiheitsbetätigung auch einzelne private subjek-

---

[1]) Jellinek a. a. O. S. 55.

[2]) Die §§ 6, 7 UnlWG. über Kreditgefährdung fallen beispielsweise nicht unter die hier begründeten privaten Rechte, da sie nur eine Spezialisierung des jedermann nach § 824 BGB. zustehenden Rechts in dieser Hinsicht bedeuten, andernfalls ja stets Privatrechte durch die Ausübung eines Gewerbes begründet werden müßten.

tive Rechte auf Grund besonderer Gesetzesbestimmungen durch die Ausübung der betreffenden Tätigkeit entstehen können.

In der Literatur sind über diese privaten subjektiven Rechte Erörterungen nicht zu finden. Das Reichsgericht, welches ebenfalls die Rechtsnatur der allgemeinen Handlungsfreiheit verneint, nahm öfters zu der Frage Stellung, ob und in welchen Grenzen private Rechte auf dem Boden der Handlungsfreiheit erwachsen könnten. „Die Ausübung", heißt es,[1]) „eines selbständig betriebenen Gewerbes mag, namentlich insoweit dieselbe gegen gewisse Eingriffe Dritter durch die Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. 5. 1896 besonders geschützt wird, als ein wohlerworbenes Recht anzusehen sein." Demnach wären Störungen und Beeinträchtigungen als Verletzung eines unter § 823 BGB. Abs. 1 fallenden „sonstigen Rechts" zu betrachten.[2]) Wenn andererseits wieder die gegenteilige Meinung in betreff des privaten Rechts ausgesprochen wird,[3]) so kann dies wohl zutreffen, da nicht notwendig, wie oben gezeigt wurde, Privatrechte mit der Ausübung entstehen müssen.

Rehm weist in seiner Darstellung zur Begründung des Vorhandenseins eines subjektiven Privatrechtes auf einen Gegensatz hin, welcher in der Art der Gesetzesnormierung zwischen öffentlichem und privatem Rechte zu finden sei.[4]) Während dort mit Rücksicht auf das allgemeine Wohl die Willkür des einzelnen in starre Grenzen geschlagen sei, bleibe in der Privatrechtsordnung der Wille der Interessenten bis auf einige notwendige Beschränkungen ausschlaggebend. Wenn daher das Gesetz auch nur die Gleichheit aller in bezug auf die Möglichkeit, sich gewerblich zu betätigen, ausspreche, in anderer Beziehung aber der Willensbestimmung freien Raum lasse, so sei hierin schon eine „genügende" objektivrechtliche Grundlage für die Annahme eines subjektiven Privatrechts gefunden. Offenbar hat Rehm

---

[1]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 374.

[2]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 58 S. 30.

[3]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 61 S. 11ff.; v. Landmann, Komm. z. GewO. Bd. 1 S. 47.

[4]) Rehm a. a. O. S. 23, 24.

hier diejenigen privatrechtlichen Geschäfte im Sinne, welche den Inhalt einer Gewerbebetätigung bilden, während es sich doch nach den vorliegenden Erörterungen gerade nur um solche private Berechtigungen handeln kann, welche kraft besonderer Gesetzesbestimmungen dem Gewerbetreibenden Ansprüche gegen Private verleihen können.[1])

Von diesen subjektiven öffentlichen und privaten Rechten, welche mit der begonnenen Tätigkeit entstehen,[2]) ist scharf zu trennen die natürliche Befugnis, seine Arbeitskräfte zu betätigen, ein Gewerbe zu beginnen. Diese vielumstrittene Befugnis wurde schon charakterisiert als der Inhalt eines subjektiven Rechts, welches erst durch die Betätigung seitens einer mit dieser Befugnis ausgestatteten Person, durch eine geschaffene Beziehung von diesem Subjekte zu einem anderen zur Entstehung gelangt. Wenn schon durch die bisherige Darstellung der Beweis erbracht sein dürfte, daß diese Befugnis an sich kein subjektives Recht ist, so kann weiter auch im Gesetze selbst ein Beweis hierfür gefunden werden. Da nämlich der Gesetzgeber der in gewissem Umfange durch die Gewerbeordnung festgelegten Gewerbefreiheit später durch neue Gesetze Beschränkungen auferlegt, den fraglichen Gesetzen aber keine rückwirkende Kraft beigelegt hat,[3]) so könnten im Falle des Vorhandenseins eines subjektiven Rechts diese Einschränkungen auf die schon existierenden

---

[1]) Sowohl von den aus privatrechtlichen Verkehrshandlungen und Geschäften entspringenden Rechten als auch von den besonderen privaten Rechten, welche durch die Ausübung begründet werden können, ist zu unterscheiden das „private Gewerberecht", welches einen Bestandteil realer Gewerbeberechtigungen bildet, von denen noch zu sprechen sein wird.

[2]) Fast die gleiche Ansicht über die Wirkungen der gewerblichen Tätigkeit findet sich bei v. Landmann, Komm. z. GewO. Bd. 1 S. 47; ähnlich auch bei Kohler (oben S. 16) und in der RGE. Bd. 51 S. 373.

[3]) Beschränkungen der Gewerbefreiheit erfolgten z. B. durch Novelle v. 11. 6. 1878 (Befähigungsnachweis für Maschinisten auf Seedampfern) und v. 23. 7. 1879 (betr. Privatkranken-, Entbindungs- und Irrenanstalten, Gast-, Schankwirtschaft und Pfandleiher). Über die rückwirkende Kraft sagt v. Landmann (Bd. 1 S. 63): „Der in § 1 Abs. 2 ausgesprochene Grundsatz gilt nicht bloß für die GewO. selbst, sondern im allgemeinen, soweit nicht Spezialvorschriften entgegenstehen, auch für die Novellen zu derselben".

Rechtssubjekte keine Anwendung finden, doch gelten sie sehr wohl auch für diese.[1])

In gewisser Hinsicht jedoch kann der erwähnten Befugnis ein privatrechtlicher und wirtschaftlicher Wert nicht abgesprochen werden.[2]) Es können nämlich die erlaubten Möglichkeiten, sich in bestimmter Beziehung, besonders bezüglich eines Gewerbes, zu betätigen, insoweit den Gegenstand eines privatrechtlichen Vertrages bilden, als die hierdurch herbeigeführte Einschränkung der Handlungsfreiheit nicht den allgemeinen (§§ 134, 138 BGB.) oder besonderen[3]) gesetzlichen Bestimmungen zuwiderläuft. Solche rechtswidrige Beschränkungen, welche stets nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen sind,[4]) würden hinsichtlich eines Schadensersatzanspruches nicht unter § 823 Abs. 1 BGB., sondern unter § 826 fallen.[5])

Aus allen den bisher erörterten Voraussetzungen wird sich nun die Rechtsnatur der Konzession und Approbation bestimmen lassen. Wenn nach der objektivrechtlichen Theorie folgerichtig die Konzession die Aufhebung einer Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit ist, so muß durch ihre Erteilung die durch Gesetz beschränkte natürliche Freiheit in diesem bestimmten Umfange erweitert, wiederhergestellt werden. Diese Erweiterung erschöpft sich in der natürlichen Befugnis, in dieser jetzt vergrößerten Handlungssphäre subjektive Rechte durch Ausübung der erlaubten Tätigkeit zu erwerben. Man sieht also, daß der Vorgang, durch welchen der Erwerb subjektiver Rechte sich vollzieht, von der Konzessionserteilung gar nicht berührt wird, daß vielmehr für konzessionspflichtige Betätigungen die Erlaubniserteilung vorauszugehen hat und ohne die letztere trotz der

---

[1]) vgl. v. Landmann a. a. O. Bd. 1 S. 47.

[2]) vgl. v. Landmann a. a. O. Bd. 1 S. 47; Schenkel a. a. O. Bd. 1 S. 94.

[3]) Besondere Bestimmungen bezüglich solcher Verträge enthalten § 133f GewO., durch welchen Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, und § 74 HGB., durch welchen Handlungsgehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in ihrer gewerblichen Tätigkeit beschränkt werden.

[4]) Planck, Das BGB. Bd. 1 S. 250 zu § 138.

[5]) v. Landmann a. a. O. Bd. 1 S. 47, 50.

von Natur aus möglichen Betätigung keine Berechtigungen erwachsen können,[1]) ganz abgesehen von den strafrechtlichen Bestimmungen für solche Fälle (§ 147 GewO.). Alle unter dem hier zugrunde gelegten Begriff der „Konzession" verstandenen obrigkeitlichen Genehmigungen sind daher reine Erlaubniserteilungen zur Ausübung von Fähigkeiten, welche zugunsten besonderer Interessen Beschränkungen erfahren haben. Welche Bedeutung diese Erlaubniserteilungen in der Rechtsordnung haben, welche Art von Interessen durch sie geschützt werden sollen, das zu untersuchen, bleibt der weiteren Darstellung vorbehalten. Als Resultat der bisherigen Erörterung über die rechtliche Natur der Konzessionen und Approbationen ergibt sich, daß sie als eine Erweiterung des gesetzlich festgelegten Umfanges der natürlichen Handlungsfreiheit erscheinen, als eine Voraussetzung zum Erwerbe subjektiver Rechte.

---

[1]) Ähnlich unter Berücksichtigung seines Standpunktes Kulisch a. a. O. Bd. 1 S. 270.

II. Teil.

Die rechtliche Bedeutung der Konzessionen.

§ 4.

Die Umgrenzung des Konzessionensystems.

Die aus den Grundbegriffen herausgewachsene Definition der Konzessionen und Approbationen soll nun einzelnen praktischen Fällen, welche die Rechtsordnung aufweist, gegenübergestellt werden, um das System der Konzessionen scharf zu umgrenzen, zugleich aber auch ähnliche Rechtsbegriffe, welche anderer Natur sind, aus diesem Systeme auszuschalten. Das ausgiebigste Feld für diese Untersuchung bildet das Gebiet des Gewerberechts. Der im Eingang der RGewO. (§ 1) ausgesprochene Grundsatz der Gewerbefreiheit[1]) erleidet durch die Gewerbeordnung selbst zahlreiche wichtige Beschränkungen.[2]) Diese sind teils sachlicher, teils persönlicher Natur.

Die sachlichen Beschränkungen beziehen sich nach § 16 GewO. auf die Errichtung gewisser gewerblicher Anlagen, wie Pulverfabriken, Gasanstalten, Glashütten, Wasserstau- und Dampfkesselanlagen (§§ 24, 25), „welche durch die örtliche Lage oder die

---

[1]) Ob die Gewerbefreiheit als juristisches oder wirtschaftspolitisches Prinzip aufzufassen sei, muß sich aus den jeweiligen Anschauungen über die Grund- und Freiheitsrechte ergeben. Dazu Beyendorff, Das System der RGewO. S. 40ff.

[2]) Zweifelhaft ist, ob in dem Satze: „soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind“ (§ 1 Abs. 1) die Worte „Ausnahmen“ und „Beschränkungen“ als gleichbedeutend anzusehen sind, oder ob bei „Ausnahmen“ niemandem der Gewerbebetrieb gestattet ist (Postregal), bei „Beschränkungen“ aber erst mit der Erlaubniserteilung. Doch spricht das Gesetz selbst bei der einschlägigen Stelle über den Postzwang (§ 5) von „Beschränkungen“. Vgl. Rehm a. a. O. S. 25; v. Landmann a. a. O. Bd. 1 S. 62.

Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können" (§ 16). Die bezüglich der Person des Gewerbetreibenden aufgestellten Beschränkungen machen die gewerbliche Unternehmung teils von einer gewissen persönlichen und sittlichen Zuverlässigkeit des Betreffenden, teils von dem Nachweis einer besonderen Befähigung abhängig; hierfür bestehen die speziellen Bezeichnungen der „Konzession" im engeren Sinne und der „Approbation".[1]) Die persönliche „Konzession" ist erforderlich für den Betrieb von Privatkranken-, -Entbindungs- und -Irrenanstalten, von Gastwirtschaften, Schankwirtschaften, für den Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus, für Schauspielunternehmungen, für das Geschäft eines Pfandleihers, Pfandvermittlers, Gesindevermieters oder Stellenvermittlers. Sowohl hier als auch bei den Approbationen ist im Gesetze eine einheitliche Bezeichnung der einzelnen Arten von Erlaubniserteilungen nicht durchgeführt. Demzufolge spricht man von „Approbationen" bei Ärzten und Apothekern, von „Prüfungszeugnissen" bei Hebammen (landesrechtlich auch im Hufbeschlag- und Markscheidergewerbe), von „Befähigungszeugnissen" bei Seeschiffern, Seesteuerleuten, Maschinisten auf Seedampfern und Lotsen. Der persönlichen Konzession ist auch die Erteilung eines Wandergewerbescheins zum Gewerbebetriebe im Umherziehen gleichzuachten.[2])

Alle anderen Einschränkungen gewerblicher Tätigkeit, welche ihrer sachlichen Bedeutung nach teils weiter, teils enger gefaßt sind, gehören nicht unter den Begriff der Konzessionen und Approbationen. Es gehören nicht dazu einerseits solche Ausnahmen, durch welche gewisse gewerbliche Betätigungen für jedermann verboten und der Staatsverwaltung vorbehalten sind, so der Postzwang[3]) und die Herstellung von Geld und Geld-

---

[1]) G. Meyer, Lehrb. d. VerwR. Bd. 1 S. 394; Beyendorff a. a. O. S. 54.

[2]) Beyendorff a. a. O. S. 84. Eine nähere Begründung dieses Satzes folgt unten bei der Behandlung der gewerblichen Stellvertretung.

[3]) § 1 RPostG. v. 28. 10. 1871 und Art. 3 Reichsgesetz v. 20. 12. 1899.

surrogaten,[1]) andererseits aber gehören auch nicht hierher solche Einschränkungen, welche sich auf die Art und Weise des Betriebes erstrecken, wie sie sich finden beim Gewerbebetrieb im Umherziehen (§§ 55 ff. GewO.), im Preßgewerbe, im Gewerbe mit Nahrungsmitteln und Gebrauchsgegenständen.[2]) Diesen Beschränkungen gegenüber heben sich die Konzessionen und Approbationen in ihrem eigenartigen Charakter deutlich ab als Erlaubniserteilungen zum Beginn, zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit.

Damit ist indes das Konzessionensystem nicht erschöpft. Es enthält vielmehr noch eine Reihe gleichartiger Begriffe, welche hier und da in den einzelnen Verwaltungszweigen dem jeweiligen Zwecke entsprechend mit geänderter Form in Erscheinung treten, jedoch ihre innere Natur nicht verkennen lassen. Wie nämlich schon aus den angeführten Beispielen ersichtlich ist, müssen diese Arten von Erlaubniserteilungen zwei charakteristische Tatbestände aufweisen, einen verbietenden Rechtssatz und einen aufhebenden Verwaltungsakt.[3]) Nach diesen zwei Gesichtspunkten hin werden gleichartige Erscheinungen zu beurteilen sein.

Hier ist zunächst der Jagdschein zu erwähnen, „eine von der Jagdpolizeibehörde ausgestellte Urkunde, welche die polizeiliche Erlaubnis zur Ausübung der Jagd enthält".[4]) Grundsätzlich steht nach Landesrecht[5]) jedem Eigentümer auf seinem Grund und Boden ein privates Jagdrecht zu, welches mit dem Eigentumsrecht aufs innigste verwachsen ist und auch Nichteigentümern durch Rechtsgeschäft zugewiesen werden kann. Außerdem entsteht durch die Ausübung der Jagd ein subjektives öffentliches Recht, welches sich an der Hand obiger Auseinandersetzungen über das öffentliche Gewerberecht durch analoge Schlüsse nachweisen läßt. Da nun die Jagdausübung an die Erteilung einer

---

[1]) Art. 4 Ziff. 3 RV.; Gesetz v. 4. 12. 1871; Münzgesetz v. 9. 7. 1873; §§ 146 ff. RStGB.; Gesetz v. 16. 6. 1870, 30. 4. 1874 über die Ausgabe von Papiergeld und Reichskassenscheinen.

[2]) RPreßG. v. 7. 5. 1874; Nahrungsmittelgesetz v. 14. 5. 1879.

[3]) Otto Mayer, D. VerwR. Bd. 1 S. 288.

[4]) v. Bitter, Handwörterb. d. preuß. Verw. Bd. 1 S. 846; G. Meyer, VerwR. Bd. 1 S. 358.

[5]) Preuß. JagdO. v. 15. 7. 1907 (§ 2), früher preuß. Ges. v. 31. 10. 1848.

polizeilichen Erlaubnis, des Jagdscheins, gebunden ist, so wird dieser als eine Voraussetzung zum Erwerbe subjektiver Rechte zu bezeichnen sein.

Im übrigen treffen auch die beiden obenerwähnten charakteristischen Merkmale auf den Jagdschein zu. Nach § 29 JagdO. v. 15. 7. 1907 muß, wer die Jagd ausübt, einen auf seinen Namen lautenden Jagdschein bei sich führen, mit anderen Worten: die Jagdausübung ist verboten, wenn sie nicht durch einen aufhebenden Verwaltungsakt — die Jagdscheinerteilung — gestattet wird.

Ähnlich verhält es sich mit der polizeilichen Bauerlaubnis, dem Baukonsens,[1]) bezüglich dessen man obengenannte Rechte ebenfalls wird annehmen müssen. Nun ist die Ausnutzung des Eigentums durch Bebauen im öffentlichen Interesse, im Interesse staatlicher und städtischer Anlagen, im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit mannigfachen Einschränkungen unterworfen, weshalb das Bauen ohne besondere Erlaubnis landesrechtlich durch Gesetze und Verordnungen untersagt ist. Sie sind der verbietende Rechtssatz, der Baukonsens ist der aufhebende Verwaltungsakt.[2])

Hiermit ist indes die Reihe gleichbedeutender Genehmigungen keineswegs erschöpft. Es gilt aber noch Rechtsbegriffe aus dem System auszuschalten, welche mit diesem nur dem Namen nach in Zusammenhang stehen und deshalb zu Irrtümern Anlaß gegeben haben, in Wirklichkeit aber einen ganz anderen rechtlichen Charakter aufweisen. In der individuellen Freiheit liegt die Möglichkeit, gewisse öffentliche Sachen, wie Wege, Brücken, in bestimmtem Maße zu benutzen. Wird über dieses Maß der Freiheit hinaus an öffentlichen Sachen und Anstalten durch Gebrauchserlaubnis ein Nutzungsrecht gewährt, wie beispielsweise beim Aufstellen von Grabdenkmälern,[3]) Anbringen

---

[1]) v. Bitter a. a. O. Bd. 1 S. 179; Leuthold, Das deutsche Baupolizeirecht, in Hirths Annalen 1879 S. 878; v. Stengel, Wörterb. Bd. 1 S. 842.

[2]) Andere Ansichten über Jagdschein und Baukonsens bei Rehm a. a. O. S. 29ff.

[3]) Andere Beispiele bei O. Mayer, VerwR. Bd. 2 S. 139; zu unter-

von Schaukästen, so ist dies doch keine polizeiliche Erlaubniserteilung der hier besprochenen Art, da ihnen die beiden obenerwähnten essentiellen Tatbestände fehlen.[1])

Streng zu scheiden von dieser Gebrauchserlaubnis ist die sogen. „Verleihung", ein rechtsbegründender Verwaltungsakt, durch welchen einer Person „rechtliche Macht über einen Gegenstand der öffentlichen Verwaltung" gegeben wird.[2]) Unter diesen Begriff der „Verleihungen öffentlicher Unternehmungen" fallen speziell die „Eisenbahnkonzession" und das Bergwerkseigentum. Über die rechtliche Natur dieser Institute, insbesondere der Eisenbahnkonzession, bestehen drei Grundanschauungen, von denen die eine diese Verleihung als einen privatrechtlichen Vertrag zwischen Staat und Beliehenen bezeichnet, die zweite Meinung die Verleihung für einen öffentlichrechtlichen, hoheitlichen Akt hält, dessen Inhalt aufzuheben oder abzuändern dem Staate als Recht zustehe; nach der dritten Ansicht aber, welche als die herrschende gilt, begründet dieser hoheitliche Akt besondere Pflichten und öffentliche und private Rechte des Unternehmers[3]) und wird in Hinsicht auf die privaten Rechte als Privilegium bezeichnet.[4])

Diese Auffassung entspricht im wesentlichen der Ansicht, welche die Anhänger der subjektivrechtlichen Konzessionstheorie über die gewerblichen Konzessionen aufgestellt haben. So war es nicht schwer, dem an sich nur äußerlichen Zusammenhange auch eine innere Gestaltung zu geben, während doch der Unterschied zwischen der polizeilichen Erlaubnis, der Konzession, und dem rechtsbegründenden Verwaltungsakte der „Eisenbahnkonzessionen" nach den vorliegenden Erörterungen deutlich zutage

---

scheiden hiervon sind die sogen. „Gräberkonzessionen", welche den später zu besprechenden „Verleihungen" zugehören (ebenda Bd. 2 S. 152).

[1]) Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 137, 144.

[2]) O. Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 147, 294.

[3]) Seiler, Über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen S. 14ff.; O. Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 303ff.

[4]) O. Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 305; Eger, Handb. des preuß. Eisenbahnrechts Bd. 1 S. 93; Seiler a. a. O. S. 53.

tritt. In dieser Hinsicht führt Mayer[1]) aus: „Dieses Zusammenwerfen ist für die Polizeierlaubnis weniger schädlich als für unser Rechtsinstitut, an dem dann der Gleichheit halber gern wesentliche Seiten übersehen werden . . . Die sogen. Konzessionen der Wirte usw. sind natürlich einfache Polizeierlaubnisse; wenn man diesen die Eisenbahnkonzession schlechthin gleichstellt, so setzt man sich von vornherein in die Unmöglichkeit, die dadurch erzeugten Rechtsverhältnisse gebührend zu würdigen". Diese Rechtsverhältnisse gründen sich nämlich auf eigens verliehene rechtliche Fähigkeiten, welche einen Teil der dem Staate zustehenden öffentlichen Gewalt bilden und dem Unternehmer zur Ausübung in dem rechtsbegründenden Akte zugewiesen werden, so z. B. das Enteignungsrecht; es wird also durch die Verleihung der Unternehmer rechtlich in die Lage gesetzt, in bestimmter Weise handeln zu können, während die Konzession oder Erlaubniserteilung nur die Genehmigung zu natürlichem Handeln oder zur Betätigung einer Fähigkeit bedeutet. Das von der Eisenbahnkonzession Gesagte muß auch bezüglich des Bergrechts gelten;[2]) somit scheiden diese Institute aus dem Konzessionensystem aus.[3]) Ebenso kommen nicht in Betracht die Verleihung von Patenten und der Schutz des Urheberrechts, welche nur die Interessen des einzelnen wahrnehmen und sich als Rechtsbegriffe ganz anderer Art darstellen.[4])

Durch die Betrachtung der einzelnen einschlägigen Institute ist einerseits die Umgrenzung des Begriffes der „Konzession" oder Erlaubniserteilung auf Grund ihrer rechtlichen Natur festgestellt worden, andererseits aber sind auch charakteristische

---

[1]) O. Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 295. Mayer bezeichnet im Gegensatz zu obigen Ausführungen die Verleihung als „Konzession" und die gewerbliche Konzession als „Polizeierlaubnis".

[2]) Übereinstimmend O. Mayer a. a. O. Bd. 2 S. 294 § 49; G. Meyer, VerwR. Bd. 1 S. 532ff., 366; Seydel, Bayer. Staatsrecht Bd. 5 S. 634. Rehm stellt in seiner Schrift beide den gewerblichen Konzessionen gleich (S. 35ff.).

[3]) Es ist auch nicht anzunehmen, daß die „Erlaubniserteilung" in einer Verleihung als essentieller Bestandteil derselben enthalten ist.

[4]) Rehm a. a. O. S. 35 Anm. 1; Nelken, Das Gewerberecht in Preußen Bd. 1 S. 480ff.

Tatbestände gefunden worden, welche das innere Wesen der Konzessionen kennzeichnen. Nach diesen Gesichtspunkten hin ist die Konzessionserteilung ein Verwaltungsakt, welcher einen die freie Ausübung einer Tätigkeit verbietenden Rechtssatz für den konkreten Fall aufhebt. Mit Rücksicht darauf hat Mayer für die Konzession das viel zitierte Wort geprägt: „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt".[1]) Freilich liegt in diesen Worten noch mehr. Der Vorbehalt[2]) findet nämlich seine Grenzen in den durch das Verbot geschützten Interessen. Diese Interessen sind nun näher ins Auge zu fassen, um, wie soeben der Umfang des Rechtsbegriffes gekennzeichnet wurde, auch dessen Bedeutung in der Rechtsordnung zu ergründen.

§ 5.

Das publizistische Prinzip der Konzessionen.

Die rechtliche Bedeutung der Konzessionen gipfelt in dem Zweck der verbietenden und beschränkenden Rechtssätze, bestimmte Interessen, und zwar stets Interessen rein öffentlichrechtlicher Art zu schützen. Dieses Prinzip, wonach eine Konzessionspflicht nie im Interesse einer Einzelperson, sondern nur im allgemeinen Wohle ihren Grund hat, ist im vorhergehenden schon mehrfach gestreift worden. Bei näherer Betrachtung und Prüfung des Zweckes der einzelnen Rechtssätze findet man die Behauptung bestätigt. Zur Erläuterung sollen einige Beispiele beitragen. So ist die Errichtung der in § 16 GewO. bezeichneten gewerblichen Anlagen an das Erfordernis einer besonderen Genehmigung geknüpft wegen der Nachteile, Gefahren oder Be-

[1]) O. Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 287.

[2]) Mayer sagt (Bd. 1 S. 288): „Der Erlaubnisvorbehalt kann sehr verschieden gestaltet sein, je nach dem größeren oder geringeren Spielraum, welcher der Willensentschließung der Behörde dabei eingeräumt wird: von völlig freiem Ermessen geht es bis zu einfacher Anwendung der rechtsatzmäßigen Bestimmung auf den Einzelfall". Diese Behauptung ist insoweit nicht zutreffend, als man stets von einer relativen Gebundenheit der Behörde wird sprechen können mit Rücksicht auf die durch das Verbot geschützen Interessen.

lästigungen, welche für die Besitzer oder Bewohner benachbarter Grundstücke oder für das Publikum überhaupt aus solchen Anlagen erwachsen können. Wer eine Gastwirtschaft oder Schankwirtschaft betreiben will, bedarf nach § 33 GewO. dazu der Erlaubnis, damit Sicherheit dafür geboten werde, daß das Gewerbe nicht „zur Förderung der Völlerei, des verbotenen Spieles, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit mißbraucht werde". Bei der an sich freigegebenen Ausübung der Heilkunde wird für diejenigen Personen, welche sich als „Ärzte" oder mit gleichbedeutenden Titeln bezeichnen wollen, eine Approbation gefordert, um die Öffentlichkeit vor Irrtümern über die Qualifikation der betreffenden Person zu schützen.

Auch Rehm nimmt in seiner Abhandlung über die Gewerbekonzession zu dem aus diesen Beispielen deutlich ersichtlichen Prinzip der gewerblichen Beschränkungen Stellung, indem er schreibt[1]): „Die Interessen der öffentlichen Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sind vor Gefährdung durch die Gewerbetreibenden zu schirmen. Andererseits soll aber die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Individuen keineswegs gehemmt werden. Die Rechtsordnung schafft ein Kompromiß der kollidierenden Interessen in der Weise, daß sie den Betrieb von solchen Gewerben, deren Ausübung die angeführten öffentlichen Interessen gefährden könnte, von Erteilung einer die Zulässigkeit des Betriebes aussprechenden obrigkeitlichen Genehmigung abhängig macht, und zwar unter gleichzeitiger Aufstellung von Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein allein die Genehmigung gewährt werden darf. Die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung hinwiederum sind inhaltlich je nach den zu wahrenden öffentlichen Interessen bald Anforderungen an Lage und Beschaffenheit der Gewerbe-Vor- und -Einrichtungen, bald Anforderungen an die Person des Gewerbeunternehmers, bald Anforderungen in beiden Richtungen".

Das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses bei allen diesen einschränkenden Gesetzesbestimmungen erscheint ausreichend dargetan. Es lassen sich diese Rechtssätze in ein

---

[1]) Rehm a. a. O. S. 41.

„System öffentlichrechtlicher Beschränkungen der Gewerbefreiheit“,[1]) d. h. der privatrechtlichen Handlungsfreiheit auf dem Gebiete des Gewerberechts einreihen, das sogen. „Gewerbepolizeirecht“. Aus dem Zweck und Inhalt der Rechtssätze wird man aber weiter folgern müssen, daß wenn die Gründe für eine Beschränkung der Freiheitsausübung nicht vorhanden oder beseitigt, die öffentlichen Interessen also in jeder Hinsicht gewahrt sind, grundsätzlich an Stelle der Beschränkung die Freiheit treten muß. Darnach kann man wohl nicht von einem „völlig freien Ermessen“ [2]) der Behörde bezüglich der Genehmigungserteilung sprechen, sondern das freie Ermessen der Behörde findet, wie auch das freie Ermessen des Zivilrichters durch das Gesetz seine Einschränkungen erfährt, seine Grenzen in den gesetzlichen Bestimmungen über die einzelnen zu wahrenden Interessen;[3]) andernfalls wäre ja auch die Normierung der Gewerbefreiheit im Gesetz illusorisch.[4])

Bei der soeben stattgehabten Erwähnung einer „privatrechtlichen“ Handlungsfreiheit drängt sich die Frage auf, ob nicht die Übertretung der verbietenden Rechtssätze auch privatrechtliche Folgen, wie Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der in Ausübung der verbotenen Tätigkeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte herbeiführe; es könnte dies als ein Beweis gegen die rein öffentlichrechtliche Bedeutung dieser Verbotsgesetze dienen. Die wenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche sich mit den Wirkungen der Übertretung dieser Verbotsgesetze befassen, enthalten nur Wirkungen polizeirechtlicher Art, wie beispielsweise § 15 Abs. 2 GewO., wonach die Fortsetzung eines ohne

---

[1]) Seydel, Das Gewerbepolizeirecht, in Hirths Annalen 1881 S. 574; vgl. auch Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen S. 32, 33.

[2]) O. Mayer, D. VerwR. Bd. 1 S. 288.

[3]) vgl. Grotefend, Lehrb. d. preuß. VerwR. Bd. 2 S. 757.

[4]) Hierzu schreibt Beyendorff (GewO. S. 51): „Von einer Gewerbefreiheit könnte nur dann nicht mehr die Rede sein, wenn die Erteilung der Konzession bezw. die Untersagung der Fortsetzung des Gewerbebetriebes lediglich von der behördlichen Willkür abhängig oder der Beginn eines Gewerbes an Voraussetzungen geknüpft wäre, denen prinzipiell zu genügen nicht ausschließlich in der Macht des Individuums stände“. Dagegen O. Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 288.

Erlaubnis begonnenen genehmigungspflichtigen Betriebes polizeilich verhindert werden kann. Rehm, welcher in seiner Schrift diese Frage behandelt,[1]) weist darauf hin, daß für deren Beantwortung „Grund und Zweck" der Verbotsgesetze ausschlaggebend seien. Sucht man von diesem Gesichtspunkte aus die Frage zu lösen und faßt dabei die Interessen ins Auge, welche durch die in Betracht kommenden öffentlichrechtlichen Verbotsgesetze geschützt werden, so ergibt sich ein scharfer Gegensatz zwischen diesen „ideellen Gütern" und den durch privatrechtliche Verbote geschützten „materiellen Rechtsgütern,[2]) welche vorwiegend den Inhalt des privaten Rechts bilden. Auch kommen, wie schon dargelegt worden ist, die zivilrechtlichen Wirkungen der in Ausübung der verbotenen Tätigkeit vorgenommenen privatrechtlichen Handlungen für die Beurteilung der Verbotsüberschreitungen an sich nicht in Betracht.[3]) Nach alledem kommt man zu dem Resultat, daß derartige Handlungen oder Rechtsgeschäfte privatrechtliche Folgen der eingangs bezeichneten Art nicht haben können — die „zivilrechtliche Wirkungslosigkeit des Konzessionszwanges".[4])

Damit ist die Reihe der Beweismittel für das publizistische Prinzip der Konzessionen noch nicht erschöpft. Es können diese Erlaubniserteilungen auch zurückgenommen, entzogen werden, wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel der erforderlichen Eigenschaften klar erhellt (§ 53 GewO.) und hierdurch das Gemeinwohl gefährdet werden könnte. Weiterhin läßt sich auch dieses Prinzip aus der näheren Untersuchung einzelner mit der Konzession in innigem Zusammenhang stehenden rechtlichen Verhältnisse nachweisen, wobei vorzüglich die Stellvertretung, die Fortführung des Betriebes für Rechnung der Witwe oder der minderjährigen Erben und die Übertragung der Ausübung realer Gewerbeberechtigungen in Frage kommen. Die gleichen Materien werden auch in Rehms Schrift zweckentsprechend zu Beweisen herangezogen. Es lassen sich nach den

---

[1]) Rehm a. a. O. S. 65ff.
[2]) Rehm a. a. O. S. 69.
[3]) vgl. S. 18.
[4]) Rehm a. a. O. S. 65.

durch vorliegende Darstellung gegebenen Voraussetzungen diese Normen als Regelung der privatwirtschaftlichen Gewerbeausübung in besonderer Hinsicht auf die durch den Konzessionszwang zu wahrenden öffentlichen Interessen erklären; sie bilden in einzelnen Fällen den Ersatz für die Konzessionspflicht und lassen dementsprechend das publizistische Prinzip deutlich erkennen.

Was zunächst die Stellvertretung anlangt, so begnügt sich der Gesetzgeber beim stehenden Gewerbebetrieb damit, für den Stellvertreter die zur Ausübung erforderlichen persönlichen Qualifikationen zu verlangen (§ 45), während eine direkte Erlaubniserteilung nur in wenigen wichtigen Fällen erfordert wird. Damit ist für die bei der Stellvertretung im stehenden Gewerbebetrieb zu wahrenden öffentlichen Interessen Sorge getragen, gleichsam anstatt des hier fehlenden Konzessionszwanges. Dagegen ist beim Gewerbebetrieb im Umherziehen der Betrieb für eine andere Person schon wegen der vornehmlich durch „übelbeleumundete und unzuverlässige Elemente“ [1]) vorgenommenen Ausübung stets von einer polizeilichen Erlaubniserteilung abhängig und jedermann hat für die eigene Person den Wandergewerbeschein nachzusuchen (§ 60d Abs. 2 GewO.). Somit liegt hier die schon früher berührte Frage nahe, ob die Erteilung des Wandergewerbescheins überhaupt mit einer Konzessionserteilung gleichbedeutend und demgemäß der Wandergewerbeschein dem Konzessionensystem einzureihen sei. Wie der 1. Entw. der Reichsgewerbeordnung ergibt, wurden im § 55 (damals § 53) erst später die Worte „bedarf der polizeilichen Erlaubnis“ durch die Änderung „bedarf eines Wandergewerbescheins“ ersetzt, wodurch nur eine erklärende und keine sachliche oder prinzipielle Änderung herbeizuführen beabsichtigt wurde.[2]) Andererseits vereinigt die Erteilung des Wandergewerbescheins die essentiellen Tatbestandsmomente einer Konzessionserteilung in sich. Nach § 55 GewO. ist zur Ausübung des Gewerbes im Umherziehen ein Wandergewerbeschein erforderlich,

---

[1]) Mot. zur Novelle von 1883 in v. Landmann, GewO. Bd. 1 S. 486

[2]) vgl. Rehm a. a. O. S. 43.

d. h. ohne diesen Wandergewerbeschein ist die Ausübung des Gewerbes im Umherziehen verboten. Dieser verbietende Rechtssatz wird durch den Verwaltungsakt der Erteilung des Wandergewerbescheins aufgehoben. Daher ist der Wandergewerbeschein seiner rechtlichen Natur nach einer Konzession gleichzuachten und ebenfalls als eine Voraussetzung zum Erwerbe subjektiver Rechte anzusehen. Nun wird das Vorhandensein einer Stellvertretung beim Gewerbebetrieb im Umherziehen insofern mit Recht geleugnet,[1]) als man annimmt, daß derjenige, welcher für einen andern das Gewerbe betreibt, infolge des Konzessionszwanges nach § 60 d GewO. der öffentlichen Gewalt gegenüber als selbständiger Gewerbetreibender anzusehen ist und demnach auch durch die Ausübung ein subjektives öffentliches Recht erwirbt, unbeschadet seines privatrechtlichen Verhältnisses zu dem Vertretenen.

Wenn weiter gemäß § 46 nach dem Tode des Gewerbetreibenden das Gewerbe für Rechnung der Witwe oder der minderjährigen Erben durch einen nach § 45 qualifizierten Stellvertreter weiterbetrieben werden darf, so ist hierdurch keineswegs eine „Vererblichkeit des öffentlichen Gewerberechts“ [2]) eingeführt; denn auf das subjektive öffentliche Recht als streng persönliche Beziehung des Individuums zum Staate kann man wohl verzichten, aber einer Übertragung oder Vererbung ist es absolut unzugänglich.[3]) Eine gegenteilige Folgerung läßt sich insbesondere nicht aus den Worten des § 46 „für Rechnung“ der Witwe usw. ziehen, weil hiermit nur der Betrieb auf den Namen der Witwe gemeint ist.[4]) Es liegt mithin nicht ein „die Regel bestätigender Ausnahmefall“ [5]) vor. Vielmehr wird ein neues subjektives öffentliches Recht für die Witwe durch die Ausübung des Stellvertreters begründet. Es bleibt aber auch hier

---

[1]) vgl. auch Berger-Wilhelmi, GewO. S. 197 zu § 60 d u. S. 151 zu § 45.

[2]) Rehm a. a. O. S. 46 ff.

[3]) Jellinek, System der subj. öff. R. S. 57.

[4]) Seidel, Gewerbepolizeirecht, in Hirths Annalen S. 581 in Anm. 7; Rehm a. a. O. S. 47.

[5]) Rehm a. a. O. S. 65.

das publizistische Prinzip insofern gewahrt, als der Stellvertreter entsprechende Fähigkeiten besitzen muß.

Endlich kann zum Beweise für das publizistische Prinzip die Ausübung realer Gewerbeberechtigungen herangezogen werden. Über diese Berechtigungen sagt das Gesetz: „Realgewerbeberechtigungen dürfen fortan nicht mehr begründet werden“ (§ 10 Abs. 2) und „Realgewerbeberechtigungen können auf jede nach den Vorschriften dieses Gesetzes zum Betriebe des Gewerbes befähigte Person in der Art übertragen werden, daß der Erwerber die Gewerbeberechtigung für eigene Rechnung ausüben darf“ (§ 48). Die alten Realgewerbeberechtigungen vereinigten in sich zwei Elemente, ein privatrechtliches, welches ihnen einen eigentumsähnlichen Charakter verlieh[1]) und als radiziertes, d. h. mit Grund und Boden verbundenes Gewerbe dem Grundstücke einen höheren Wert gab,[2]) und ein öffentlichrechtliches, das in der Befugnis unbehelligter Ausübung bestand. Wenn die ersterwähnte Gesetzesbestimmung nun solche Berechtigungen nicht mehr neu zur Entstehung kommen läßt, so kann sie hierbei nur auf das privatrechtliche Element Bezug haben, da ein öffentliches Gewerberecht auch jetzt noch mit der Ausübung eines jeden Gewerbes entsteht. Hierin ist gleichzeitig eine Erklärung dafür zu finden, daß bei der Darstellung der aus einer Gewerbebetätigung entspringenden Rechte nicht von einem privaten subjektiven Rechte gesprochen werden konnte, da die dort erwähnten einzelnen Privatrechte besonderer Art mit diesem „privaten Gewerberecht“ nichts gemein haben. Von besonderer Wichtigkeit aber ist für die vorliegende Beweisführung der im § 48 ausgesprochene Rechtssatz. Die hier behandelten Realgewerbeberechtigungen sind Privatrechte; als solche können sie durch Erbfall übergehen, sie können auch Gegenstand der Veräußerung und der Verpachtung sein.[3]) Der Gesetzgeber wollte sie als wohlerworbene Rechte schonen und die bestehenden Rechte, wenn er auch ihre weitere Entstehung verbot (§ 10), nicht aufheben. Gleichwohl treten auch die Realgewerbeberechti-

[1]) Rehm a. a. O. S. 38.

[2]) Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 143.

[3]) vgl. die Interpretation des § 48 bei Rehm a. a. O. S. 51ff.

gungen damit nicht aus dem Kreise der öffentlichrechtlichen Konzessionen heraus. Der öffentlichrechtliche Charakter tritt gegenüber der im § 48 betonten privatrechtlichen Seite um so klarer hervor; auch für die Ausübung der Realberechtigung bedarf es einer förmlichen Konzession. Ja während der Stellvertreter bei konzessionspflichtigen Gewerben nur „den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen" (§ 45) muß, also der allgemeinen Auffassung und Praxis nach nicht der formellen Beschränkung der Erlaubniserteilung unterliegt, muß der Erwerber oder Pächter einer Realberechtigung, welcher das Gewerbe selbständig[1]) ausüben will, dieselbe Befähigung haben, die sonst zum Betriebe dieses Gewerbes rechtlich erforderlich ist (§ 48). Wenn indessen bezüglich der Person des Gewerbetreibenden im öffentlichen Interesse nichts einzuwenden ist, dann liegt bezüglich solcher mit Grundbesitz zusammenhängenden, zumeist auf Grund eines lästigen Titels erworbenen Gewerbeberechtigungen keine Veranlassung mehr vor, rücksichtlich des Bedürfnisses eines solchen Gewerbes, der Lage der gewerblichen Betriebstätte[2]) oder anderer tatsächlicher Fragen besondere Erhebungen zu machen.

So ergibt sich denn auch aus diesen Erörterungen die rein öffentlichrechtliche Bedeutung des Konzessionswesens. Selbst in Fällen, wo anscheinend private Vermögensinteressen das Hauptmotiv gewerblicher Handlungsbeschränkungen bilden,[3]) erweist sich die Rücksichtnahme auf das öffentliche Wohl als ausschlaggebend. Das Ergebnis der gesamten Untersuchung läßt sich dahin zusammenfassen, daß die Konzessionen und Approbationen ihrer Bedeutung nach sich als Aufhebungen von Beschränkungen gewerblicher Handlungsfreiheit im Inter-

---

[1]) Hier im Gegensatz zur Stellvertretung, jedoch ist eine eigene Betätigung im Betriebe nicht erforderlich; vgl. Seydel, Gewerbepolizeirecht (Annalen 1881) S. 580; Rehm a. a. O. S. 20.

[2]) Rehm a. a. O. S. 52.

[3]) So bei § 32 GewO., wonach einem Schauspielunternehmer die Erlaubnis zu versagen ist, wenn er den Besitz der nötigen Mittel nicht nachzuweisen vermag und nicht eine gewisse Zuverlässigkeit in sittlicher, artistischer und finanzieller Hinsicht besitzt. And. Ans. Rehm a. a. O. S. 70.

esse des öffentlichen Wohles darstellen. Demzufolge sind auch der Verwaltung Mittel an die Hand gegeben, unbefugten Gewerbebetrieb mit Strafe zu verfolgen und die Fortsetzung desselben zu verhindern.[1]) Diese Stellung der Konzessionen im Gebiete des Gewerberechts und bezüglich der Verwaltung im besonderen charakterisiert Laband[2]) wie folgt: „Soweit der Grundsatz der Gewerbefreiheit anerkannt ist, gibt es keine staatliche Gewerbeverwaltung; die letztere hat es ausschließlich mit Beschränkungen der Gewerbefreiheit zu tun, sowie das Wesen der Polizei überhaupt darin besteht, daß die natürliche Handlungsfreiheit des einzelnen im Interesse der Gesellschaft oder des Staates Beschränkungen unterworfen wird". Hieraus erklärt sich der volle Inhalt der schon zitierten Worte „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt". Zur Sicherheit des Staates, zum Wohle der Gesamtheit sind diese Rechtssätze gegeben, an ihnen findet die Staatsverwaltung Maß und Ziel zur Verwirklichung ihrer Aufgaben — salus publica suprema lex.

---

[1]) Grotefend a. a. O. Bd. 2 S. 758.
[2]) Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 195.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Paul Albert Warmbrunn, wurde am 25. November 1885 als Sohn des Oberbürgermeisters Emanuel Warmbrunn und dessen Ehefrau Josephine geb. Hoffmann zu Neiße geboren. Ich bin katholisch und preußischer Staatsbürger.

In der Volksschule meiner Vaterstadt genoß ich den ersten Unterricht. Darauf besuchte ich neun Jahre lang das Königliche Gymnasium daselbst, welches ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Während meiner Studienzeit war ich ein Semester in Heidelberg, zwei Semester in Bonn, ein Semester in München und zwei Semester in Breslau immatrikuliert. Meine erste juristische Staatsprüfung bestand ich zu Breslau am 27. Juni 1908, worauf ich zur Ausbildung als Referendar dem Königlichen Amtsgericht in Ottmachau überwiesen wurde. Am 25. Juli 1908 bestand ich das examen rigorosum. Auch genügte ich bis 1. Oktober 1909 meiner einjährig-freiwilligen Dienstpflicht.

Herrn Geheimrat Professor Dr. Brie bin ich für die schätzenswerten Ratschläge bezüglich vorliegender Arbeit zu großem Danke verpflichtet.